

IESVS, MARIA, IOSEPH.

POR DON PEDRO DE SALCEDO, NVNO, ALVAREZ, VEZINO DE LA CIVDAD DE BAEZA, HIIO, y heredero de doña Catalina Nuño Aluarez de Salazar.

EN EL PLEITO

De los acreedores de el Veinteiquatro Iuan Rodriguez de Salamanca, y consortes.

EN EL ARTICVLO CON

Los menores hijos, y herederos de doña Mayor Bauz Enriquez, muger del dicho Iuan Rodriguez de Salamanca.

PRETENDE don Pedro de Salcedo, que ſe le ha de dar grado en la dote, y bienes de doña Mayor Bauz Enriquez, por el tributo de treynta y ſeis mil reales de vellon, por el qual eſtà graduado tambien en los bienes de Iuan Rodriguez de Salamanca, y de ſu madre.

Eſta pretenſion la funda en vna eſcritura publica, otorgada por Iuan Rodriguez de Salamanca, y doña Mayor ſu muger, ſu fecha en 20. de Diziembre de 633. años; en la qual ſe haze relacion, que por quanto eſte tributo lo tomò Iuan Rodriguez de Salamanca, y ſu madre, y lo impuſieron ſobre vn oficio de Fiel executor de eſta ciudad, y ſobre otros bienes en fauor de la dicha doña Catalina, y que ſu Mageſtad fue ſeruido de conſumir el dicho oficio, y que por parte de don Pedro ſe le ha pedido, que en lugar de el, le dieſſen otra hypoteca nueua de bienes rayzes, y por ſer eſto juſto, ambos marido, y muger juntamente, y cada vno, inſolidum, ſe obligan a la paga de eſte tributo, y de ſus reditos, y le dan nueuas hypotecas, que ſe ſeñalan en la eſcritura con todas las fuerças neceſſarias, de cuya obligacion no ſe duda.

Solo ſe pretende por parte de los menores, que el auerſe otorgado la eſcritura referida, fue porque ſe conuinieron con don Iuan de Herrera (que tenia poder de don Pedro) en que alçaſe, y quitaſe el embargo que eſtaua hecho en el precio de el dicho oficio, que eſtaua depoſitado, para que lo pudieſſen cobrar Iuan Rodriguez de Salamanca, y ſu muger, y ſe obligarian ambos de nueuo, y darian nueuas hypotecas para ſeguridad de el tributo, y que ellos cumplieron con hazer, y otorgar la dicha eſcritura: y que por parte de don Pedro no ſe cumpliò con lo prometido, ni ſe alçò el embargo, con que no tuuo efecto el ſacar de el depoſito el dinero, con que ſe ocaſionò el concurſo de acreedores, por no hallarſe Iuan Rodriguez de Salamanca con dinero, para acomodar ſus coſas: y que doña

doñaMayor no ſe obligara,ni auia cauſa para hazerlo, ſino fuera porque ſe alçaſe el embargo, y pudieſe ſu marido cobrar los diez mil ducados de el precio de el dicho oficio con que acomodarſe. Y aſsi no auiendoſe cumplido por parte de donPedro con lo que ſe les pro metiò, quedò deſvanecida la obligacion, y reduzida a eſtado de no auerſe otorgado, y en virtud de ella no ſe le puede pedir coſa alguna; porque en los contractos reciprocos, y correſpectiuos el que pide en virtud de ellos, ha de moſtrar primero que los ha cumplido por ſu parte, aliàs, ni puede pedir, ni tiene accion para ello, vulg. l. Iulianus, §. offerri, l. qui pendentem, D. de act. empti. l. ædiles, D. de ædilit. ædicto, vbi gloſſ. nam durum eſt quod firmitas eius, aut valor ipſius ab vnius dumtaxat ex contrahentibus voluntate penderet, & quod eſſet in eius arbitrio implere, vel non pro parte ſua, alterumq; ad ipſius contractus implementum adſtringere, vt inquit Baldus in l. inuendentis, C. de contrah. empt. Surd. conſ. 136. num. 24. lib. 1. maximè, que en eſte caſo no ſolo conſta, que no ſe cumplio con lo prometido, pero que ni aun oy eſtà eſte negocio en eſtado de poderſe cumplir, tanto por auer paſſado la ocaſion, como por auerſe diſtribuydo en la paga de diferentes acreedores los dichos diez mil ducados, y auer muerto Iuan Rodriguez de Salamanca, y ſu muger.

Para en prueba de el pacto (arriba referido) y lo demas que conſiſte en hecho, ſe à hecho probança por parte de los menores.

Y aunque los teſtigos deponen de actos diferentes, y que ay probança contraria por parte de don Pedro, no reparamos en eſto: porque en ſubſtancia concluyē los teſtigos que algunos dias antes que ſe otorgaſe la dicha eſcritura ſe conuinieron Iuan Rodriguez de Salamanca, y ſu muger con don Iuan de Herrera, que tenia poder de donPedro en que ſe alçaſe por ſu parte el embargo, y que ellos ſe obligaſſen, y dieſſen nueua hypote-

potecas, y que doña Mayor no tenia otra causa para obligarse, sino era el que se alçase el embargo para poder sacar los diez mil ducados, y acomodarse cō ellos su marido. Esta es en substancia toda la defensa de los menores, y en lo que fundan el no auerse de graduar don Pedro en los bienes de su madre, pero a todo se satisface, ex sequentibus.

Lo primero, porque la causa que huuo para hazerse, y otorgarse la dicha escritura, y obligarse doña Mayor, y dar nueuas hypotecas, es la que en ella se refiere, que fue el auerse consumido, y resuelto vna prenda tan importante, como el oficio de fiel executor, que valia mas de veynte mil ducados, con que el tributo quedaua en muy mal estado, y en tal, que no auia seguridad alguna para su cobrança, y como se ve, y reconoce por este pleito, no ay, ni alcança la hazienda de Iuan Rodriguez de Salamanca para pagarlo, y aun falta para muchos acreedores anteriores a este tributo. Esta causa fue la cierta y verdadera, y la que se dio en la misma escritura, y los mismos obligados la tuuieron, y confessaron por justa, como se dize en la escritura, ibi. *Por parte de el dicho don Pedro se nos á pedido, que en lugar de el dicho oficio de fiel executor de esta ciudad consumido en el Cabildo de ella, que estaua hypotecado a el dicho tributo, le demos otra nueua hypoteca de bienes rayzes, y seguridad a la paga de el dicho tributo principal, y reditos de el, y le hagamos reconocimiento en fauor de el dicho don Pedro, y por ser esto justo ambos marido, y muger, queremos otorgar en su fauor esta escritura, &c.*

Esta causa, que el Veynteyquatro, y su muger reconocieron, y confessaron por justa, y fue la que dieron en la escritura, y que huuo para otorgarla, en si realmente era justisima, y precisa el dar nueua seguridad: porque quando el vendedor de el tributo lo impuso sobre bienes cargados demasiadamente con hypotecas, y se obliga, a que siempre seran ciertas, y seguras, como sucediò en nuestro caso, y consta de la escritura

de

de el tributo en el primero ramo, fol. 797. ibi: *O sucediere otro qualquiera caso de riesgo, por donde parezca, o se presuma estar mal situado este tributo, nos obligamos, &c.* En estos terminos, y auiendo este pacto, se debe dar nueua hypoteca, auiendo sucedido, como sucedio, no solo riesgo, sino total resolucion, y ruina de hypoteca tã importante, argumento text. in l. si hæres generaliter ff. de legibus, 1. ibi; *vt alium hominem præstet*, l. qui autẽ, §. 1. ff. de cõst. pecu. ibi: *vel in id, quod interest, vel vt aliã personam non minus idoneam fideiubentem præstet.* Sarmiento lib. 7. selectarum, cap. 1. num. 3. versi. quinta conclusio.

Y aun podia pretender don Pedro, que conforme a lo paccionado en la dicha escritura, se le auia de redimir el dicho tributo: vt constat ex dict. scriptura, ibi: *Auemos de ser obligados debaxo de la dicha mancomunidad, &c. a boluer a la dicha Catalina, &c. los dichos treinta y seis mil reales de principal deste tributo, &c.* y este pacto es justo, y se puede poner en la imposicion del censo, y se debe executar, vt contra solum Felicianum contrarium tenentem, tenuit Rota apud Farinac. decis. 10. de las que puso despues de el primero tomo de cõsejos, en num. 5. 9. & 13. & tom. 2 cẽturia 4. decisione 324. num. 1. & in nouissimis decisi. 670. adonde latamente disputa la materia. Rodriguez lib. 2. de ann. redd. q. 1. num. 6. versi. adde alium casum. Fontanela de pact. nup. tom. 1. clau. 4. glossa 18. p. 3, nu. 92. Molina de contract. disp. 394. Y aun secluso pacto, y que no huuiesse la conuencion referida, tenet Nauarrus in commentario de vsuris ad motum proprium Pij 5 q. 27. quod si euincantur hypothecæ redditus, potest creditor debitorem cogere ad restituendam sortem: sequitur Rodriguez lib. 2. de reddi. q. 9. num. 73.

Lo segundo, porque conforme a lo que queda referido, los testigos se engañaron, en dezir, que la causa que huuo para que Iuan de Salamanca diesse nueua hypoteca, y fiança, que fue la obligacion de su mu

ger,fue por el pacto que suponen se hizo, de que por parte de don Pedro se auia de alçar el embargo: porq̃ lo contrario consta por la dicha escritura: y si fuera cierto lo que dizen los testigos, no auia para que dexarlo de poner en ella, pues no tenia, ni auia causa para encubrirlo, o dissimularlo, ni la dan los dichos menores, ni dizen porque razon no se puso en la escritura el pacto, y cõuencion de que se auia de alçar el embargo, y aunque por ella quedasse alçado: y quando se dissimula algun pacto, o conuencion en los contratos, se deue dar causa, porque se dissimulô. Gratian. 5.tom.disceptat.foren. cap,992,num.18. Tuscus lit. S.concl.258.

Lo tercero, porque quando demos que los testigos no se engañaron, sino que fue cierto que se tratò de que se auia de alçar el embargo, y que quedaron de acuerdo en ello: si despues se conuinieron en otra cosa, y se tomò resolucion de hazer, y otorgar la escritura en la forma que se halla, se debe estar a ella, sin hazer caso de lo que dizen los testigos, de que se tratò antes de que se auia de alçar el embargo: porque mientras no se hizo la escritura, no tuuo perfeccion lo que antes se tratò en orden a hazerla, l. contractus cum vulgatis, C. de fide instrum. l. 6. tit. 5. part. 5. vbi Gregorius glossa 1. Ægidius in l. ex hoc iure, 1. p. cap. 8, num. 90. & 91. ff. de iustitia, & iure. Y los mismos testigos contrarios dizen, que quedaron de hazer escritura las partes. Y se debe estar a lo que vltimamente se halla hecho, y efetuado por las partes, con toda perfeccion, y otorgado sobre ello escritura con causa y razon tan justa y legitima: quia pacta nouissima seruari oportere, tam iuris, quàm ipsius rei æquitas postulat, l. 12. C. de pactis, l. si vnus, §, pactus ne peteret, ff. eodem, l. 1. §. fin. ff. de stip. seruo.

Y assi para escusar a los testigos es muy facil, y juridico, que digamos, que huuo dos actos. el primero, el de que ellos deponen, que no pudo tener perfecciõ

hasta

hasta que se hizo la escritura. El segundo, el que vltimamente se efectuò, y redujo a escritura cõ toda perfeccion: y quando esto no estuuiera tan claro y lo demostrara la euidencia de el hecho, se debia presumir asi, por no poner mancha en los testigos, cap. cum tu, ff. de testibus: y asi no es incompatible, que ellos digan verdad, y que nuestra pretension sea justisima. Si bien no se ajustan a lo que passò realmente; porque dizen, que fue concierto de que se auia de alçar el embargo por don Iuan de Herrera, y que en esta conformidad se otorgò la escritura, la qual no contiene tal conformidad, y solo se dize, que respeto de auerse cõsumido el oficio de fiel Executor, y faltado esta hypoteca, se le ha pedido a el Veintiquatro por parte de don Pedro, que le dè nueuas hypotecas, y seguridad a la paga del tributo, y por ser esto justo, otorgan la escritura.

DESPVES DE TENER ESCRITO ESTE *papel, se nos dio el que se ha escrito por los contrarios: y aunque cõ lo q̃ queda dicho bastaua para respuesta delos tres fundamentos, de que se valen: toda via se responuera a cada vno mas en particular.*

ET quoad primum, de que el contrato fue correspectiuo, y que por parte de don Pedro no se cumplio lo que se auia prometido, de que se auia de alçar el embargo, antes se contrauino, executando por el principal del tributo: con lo qual se pretende, que doña Mayor quedò libre de la obligacion otorgada, ex latè traditis per aduersariũ in primo fũdamẽto, & nos aliqua supra attingimus: se responde con lo que queda dicho, scilicet, que el contrato no fue correspectiuo, ni por parte de don Pedro auia que cumplir cosa alguna, y la escritura se otorgò, como por ella consta, solamente reconociendo, y confessando la obligaciõ que tenia Iuan Rodriguez de Salamanca de dar nueuas

uas hypotecas, y seguridad a el tributo; de lo qual no le podia escusar el tener otros bienes, quanto quier fuessen tantos, y tan valiosos como refiere la otra parte; porque quando las hypotecas eran agenas, mal paradas, o tan grauadas con deudas, que las consumian, y el deudor no lo declarò, no ay duda sino que tiene obligacion a redimir el tributo: Rodriguez dicto lib. 2. quæst. 1. num. 6. adonde alega a Antonio Gomez, Nauarro, y otros: Sese decis. Regni Arag. 116. tomo 2. num. 64. & sequentibus, Franciscus Milanensis decis. 2. num. 91. & sequentibus. y esto se ajusta a nuestro caso, porque como consta de la sentencia de graduaciõ, este tributo està graduado en el lugar quinze; y las deudas que estàn graduadas primero que el tributo, sobre que se litiga, montan cinquenta y cinco mil y quatrocientos ducados, los veinte y siete mil en plata doble, que reducidos a vellon a veinte y cinco por ciento, montan todas las deudas graduadas hasta el catorze grado, sesenta y dos mil ciento y cinquenta ducados, sin los reditos, porque casi todas las deudas son tributos, y la dote està graduada con reditos a quatro por ciento. de modo, que sin duda todas las deudas anteriores con reditos montan mas de ochẽta mil ducados, y montauan mas de sesenta mil ducados quando se hizo la escritura: y todos los juros obligados a este tributo, puestos en la informacion contraria, no valen treinta y seis mil ducados; y lo que tenia valor era el oficio que se consumio, y aun con el no alcançaua la hazienda a pagar este tributo con muchos ducados. y assi procede con llaneza la dotrina que dexamos fundada; de que procedia sin duda la obligacion de redimir el tributo, y por escusarla, y la querella que podia dar don Pedro contra Iuan Rodriguez de Salamanca, por el estelionato, que auia cometido, no declarando todas las hypotecas, se hizo la escritura de obligacion, en que se dieron nueuas hipotecas, y se obligò doña Mayor Bauz Enriquez: y assi se dize, y reconoce en la misma escritura.

Nec

Nec obstat, que despues de otorgada la escritura, passados tres meses, don Iuan de Herrera en nombre de dō Pedro de Salcedo, boluio a executar por el principal del tributo; con que dize, que se contrauino a el pacto que las otras partes suponen que huuo para obligarse doña *Mayor*, y que auiendo faltado a lo paccionado, nó se puede pedir nada en virtud de la escritura. Porque se responde, lo primero, que aunq̃ se sacō el dicho mandamiento de execucion, no se prosiguio contra *Iuan* Rodriguez de Salamanca, sino solamente contra el Contador Simon Vaez Enriquez (vno delos obligados en la primera escritura de la constitucion de el tributo) y el se hizo la citacion de remate, y contra el se sentenciò la causa, y no cōtra Iuan Rodriguez de Salamanca. Y esto no pudo causar, ni causò perjuizio alguno a la obligacion nueua, que estaua otorgada por doña Mayor; aun quando huuiera auido el pacto que refieren los contrarios, que no lo huuo.

Lo segundo se responde, que para hazer doña Mayor la escritura, y obligacion no huuo el pacto que refiere la otra parte, sino la causa que en ella se dà, y la obligacion [illegible] de hypotecas, *vt aliam personam non minus idoneam fideiubentem præstet*, ex d. l. qui autem, §. 1. ff. de constituta pecunia, vt supra latiùs tradidimus. Y lo que dizen los testigos (si biē no tienen tanta contestacion, ni son tan conformes como se supone enla informacion de derecho contraria) no contradize a la escritura, sino es diferente, y acto antecedente a ella, y se pudo primero tratar lo que dizen los testigos, y despues conuenir en otra cosa, como de hecho sucedio: y assi se ha de estar a lo que se halla en la escritura posterior, a el trato de que deponen los testigos, ex supra traditis: y a que no viene a proposito la question, de si es mejor probança la de testigos, que la del instrumento. *Supuesto* lo referido, como quiera q̃ si estuuieramos en ella, sin duda venciera el instrumento publico a tres testigos: quia probatio per instrumētum publicum dicitur probatio probata, clara, euidēs, & euidentissima, & facit rem notoriam, & discusam Gemini. consi. 27. in principio, Iasson in l. 1. num. 10. ff.

de

de noui oper. nunt. Craueta conſi. 382. num. 8. Socin. conſi. 87. col. fin. lib. 3. Nata conſi. 145. & 177. Roland. â Valle conſi. 98. num. 10. & ſeq. lib. 1. Tiraquel. de retract. linag. §. 2, gloſſa 1. num. 20. & ſeq. & facit probationem manifeſtam, certam, liquidam, & indubitatam & dubitationem non admittit, Pariſius conſi. 170. nu. 8 lib. 4. Rolandus conſi. 75. num. 19. lib. 2. Tiraquel. vbi ſupra, vbi quod indubitanter procedit quando ex forma ſtatuti habet executionem paratam. Pero aqui los teſtigos, ni las otras partes no dizen contra la fee, y verdad de la eſcritura, ſolo empero proponen, o deponen de otro acto antecedente a ella, que no deshaze la autoridad de el inſtrumento autentico.

Lo ſegundo ſe reſponde, que no quedò don Pedro por la dicha eſcritura neceſsitado a no vſar del primero inſtrumento, y del pacto puesto en la conſtitucion de el tributo, ni eſte quedò nouado por la eſcritura poſterior: maximè, que ſi bien el auto de reuiſta, en que ſe mandaron acumular los pleitos, y ſe hizo concurſo, fueſſe en 12. de Febrero de 635. mucho tiempo antes eſtaua proueido auto de viſta, en que ſe auia mandado hazer la [illegible] ſe ſeguian contra los bienes infinidad de pleitos executiuos, y en todos auia hechos embargos, y aſsi pudo muy bien boluer a vſar de el derecho que tenia para que ſe redimieſſe el tributo, aſsi en execucion de la clauſula de la eſcritura de impoſicion, como por las dotrinas que quedan referidas, y la practica, y eſtilo comun de todos los Tribunales, en auiendo acreedores que conſumen las hypotecas, ſe venden, y pagan principales, y reditos de los tributos.

Lo tercero, porque con auer hecho y otorgado la eſcritura de reconocimiento, y obligadoſe de nueuo doña Mayor en fauor de dō Pedro, ſe le adquirio por ella derecho irreuocable en los bienes de doña Mayor, aūque don Pedro eſtuuieſſe auſente, y por entonces no la aceptaſſe, y puede aora muy bien vſar de ella ſin impedimento alguno, conforme a nueſtra ley Real: quidquid aliud fuerit ſtabilitum iure communi, l. 2. tit. 16. lib. 5, recop. vbi Regnicolæ Parlador. lib. 2. rerum quotidianarum, cap. 3. per totum, maximè num. 12. & ſequen-

quentibus: y este derecho, asi adquirido a don Pedro, no lo pudo perjudicar don Iuan de Herrera tacita, ni expressamente por ningun acto que hiziesse, ni para ello tuuo poder, ni se lo dio don Pedro: y asi quanto quier executasse (despues de otorgada la escritura, en que se obligó doña Mayor) y pidiesse el principal, ni por esto se contrauino à lo conuenido en la dicha escritura, ni podia causar a don Pedro la contrauencion de don Iuan, aun quando la huuiera. Con q̃ parece queda satisfecho al primero fundamento.

Casi con lo mismo se satisfaze a el segundo, y tercero: porque ni la causa final de la obligacion de doña Mayor fue el alçar el embargo, ni por parte de don Pedro auia obligacion de cumplir cosa alguna. Lo primero, porque como queda dicho, aunque entre don Iuan de Herrera, y Iuan Rodriguez de Salamanca se huuisse tratado, de que se auia de alçar el dicho embargo: lo que despues se hizo, y se halla efetuado en la dicha escritura en fauor de don Pedro, no tiene la causa final que refiere la otra parte, antes se propone otra en la escritura, que es la que queda referida, scilicet. la obligacion, [illegible] tenia el Veintiquatro de dar nueuas hypotecas, y fianças: de que resulta, que quando el contracto llegó a tener su deuido efecto y perfecion, y se reduxo a escritura, lo que se executò, y fue el vltimo consentimiento y voluntad de las partes, se halla en la escritura, quanto quier se huuiesse tratado otra cosa mas, o menos, antes del otorgamiento de la escritura: quia multa tractantur, quæ nõ perficiuntur, l. si ex causa; §. nunc videndum, ff. de minoribus, l. sciendũ, §. ædictum, ff. de ædilit. edicto, l. si voluntate, C. de rescind. vend, y asi aunque los testigos depongan de lo q̃ se tratò, hallandose despues otra cosa en la escritura, se debe estar a ella: Alexand. consi. 148. num. 5. lib. 5. & consi. 13. n. 17. lib. 1. Decius in l. si ago, & l. si omnis ff. si certũ petatur: Mascar. de probat. conc. 618. De q̃ resulta, q̃ este negocio se debe juzgar conforme a lo q̃ se halla resuelto, y escrito en la escritura, y en q̃ indubitablemente conuinieron las partes por vltimo acuerdo, ajustado con la obligacion q̃ le corria a Iuan Rodriguez de

Sala-

Salamanca de aſegurar el tributo q̃ eſtaua tan mal para do, impueſto ſobre bienes, q̃ los conſumian las hypotecas con q̃ eſtauan grauados, y el no podia con ſu haziẽda aſegurarlo, pues ſe hallaua en el eſtado referido; y aſſi juſtiſsimamente dio fiador q̃ la aſeguraſe, y vuo cauſa legitima para ello. Y no la vuo, ni ſe propone para dejar de poner en la eſcritura el pacto q̃ las otras partes dizẽ fue cauſa final de la obligacion de doña Mayor: y noſotros no dudamos de q̃ ſe podia hazer ſin eſcritura: lo q̃ dezimos, es que ſupueſto que la vuo, no es creible, que ſi las partes eſtuuieran de acuerdo en el dicho pacto, y obligacion de alçar el embargo, ſe dejara de poner en la eſcritura, pues no tenia reſiſtẽcia, ni por las otras partes ſe propone cauſa que impidieſe el ponerlo, y quãdo el contrato ſe haze aparentemente por vna cauſa, y ſe oculta otra q̃ vuo en la verdad interior, ſe à de dar cauſa y razõ, y probarla por el que propone la diſimulaciõ del pacto, o cauſa antecedẽte: aliâs parece coſa friuola, y no creible, q̃ ſe ocultaſe en la eſcritura el pacto licito, y que no auia cauſa para encubrirlo: Bart. conſ. 65. n. 2 Caſtren. conſ. 69. in princ. lib. 2. Nata conſ. 628. n. 18. & 19. Gratian. [illegible] 725. n. 28. Y eſto procede con mas llaneza quando ſe opone la diſsimulacion contra vn inſtrumento publico y corriente, en que ſe dá cauſa legitima para la obligacion, y q̃ procede conforme a las leyes, ſin reſiſtencia: Roland. conſ. 47. n. 25. lib. 4. etiã ſi opponatur à reo excipiendo, facit tex. in l. Põponius ſcribit, §. ſi frumẽtũ, ff. de rei vẽd. Decius conſ. 463. n. 7. de que reſulta, que la l. pactũ, quod bona fide, C. de pactis, y lo demas que ſe dize, en razon de que el pacto ſe pudo hazer, y valio ſin eſcritura, no viene para nueſtro caſo, en que no ſe duda deſto: y lo q̃ dezimos es, q̃ no vuo el dicho pacto, ni otra cauſa mas de la cõtenida en la eſcritura, y que ſi la vuiera, no auia razon, ni cauſa para no ponerla en ella, y que ſe debe executar, y cũplir, pues no ay excepciõ legitima que la pueda impedir. Salua in omnibus tua digniſsima cenſura, cui dicta ſubijciuntur.

El Lic. Durán de Torres.